

# 主権の概念について

## 関根 萬之助

法の目的は秩序の維持であり平和な生活である。Aristoteles もいう如く、人は生まれながらにして社会生活を営むものであり、しかもそれは闘争的ではなく、平和な生活を求めてやまない。Kant の永久平和論 (Zum ewigen Frieden 1795) の叫びも、この我々の心に根ざす平和への憧れであろう。法が、社会の文化現象として、人間の目的形式化であれば、その実効性が期待さるべく、強制装置を備えた社会的組織体を不可欠とするであろう。されば、法こそ、人間社会の必然的生活条件として、かつては *ubi societas ibi ius* といわれたが、近代主権国家の成立とともに、国家あれば法あり、法あるところに国家ありの内容に変わり、法と国家の弁証法的必然関係においてのみ、よくその真の姿が把握できるものではなかろうか。勿論、法の歴史は古く、国家成立前の古代社会にも法はあり、また、現在、国際社会へもその組織化に発展している。しかし、人類文化の現段階では、未だ世界国家 (*civitas maxima*) の統一的法秩序の形成にはほど遠く、今日、国家の最高性を象徴する主権の概念が、それぞれの国家で主張され、世界の現段階における最も組織的な一次社会は国家であり、我等が財産と血液の最高の犠牲を強いられる運命共同体こそ、また国家である。国家も社会的実在における生きた人間の活動体なる以上、その実体の把握には、必然的に実在科学的方法にもよらなければならない。文化科学の領域でも、最近における自然科学的概念形成の全盛は、方法論的にすべての文化形成物の個性も機能化し、国家や人間の人格的具体的姿も、はたまた法秩序の具体的姿も、思考の補助手段と抽象化されて、血の通った、生きた論理的体系的意義の把握が没却されている。これがためか、国家の本質的特徴である主権の概

念が誤解され、ひいては法の内容も混乱し、さながら国家なき国家学、法なき法学として、学問の権威すら疑われるのは、誠に遺憾である（拙稿、法と国家の関係 明大短大紀要 4号、法と経済の関係、同 5号、国際物権法、同 9号、国際私法上の公序、同 11号参照）。

大内兵衛氏は、「法律学について」（法学志林 536号法学セミナー 2号再転載）お前はどう考えるかの設問に、経済学を職業とする私は答える資格をもたないが、私が東京帝国大学法科大学に学んだことにより、若干の回顧談を許されたいとして、当時の法律学は偉大な権威ある学問として通用し、戦前戦時、日本の主要な地位は、官といわず民といわず東大法科出身が実に多かった。こういう法律学徒の人生観世界観なるものについて、イヤというほどその社会的意義を見せつけられたのは、昭和 7・8 年より 10 年にかけての美濃部博士事件の天皇機関説問題であったとされ、大正 8 年より昭和 10 年までの日本における政府公認のこの学説が、一旦、貴族院で問題とされたとき、上は貴族院議員検事総長より下は巡査に至るまで、彼等のうち一人も自ら立ってこの学説が正当であるというものがなかった。いいかえれば自分の地位をかけて自分の学説を守るといったものがなかった。すなわち美濃部先生の学説はその信奉者たる議員、官吏にさえその真実の基礎をもたぬものであった。だからこそ彼等は上から要求されれば自己の学説をすてて反対のことをやっただけで、それについて自己の責任を感じなかったのである。何とバカらしい道徳で、何ともタワイのない学問ではないか。そんなことから私はかたく信じている。日本の法学は人物の養成においてこの程度のことしかなし得なかったのである。と同時にそういう学問ならばいっそない方がよいのではないかと。また、大熊信行氏は、戦争責任の問題に関する「国家はどこへ行く」（昭和 23 年 8 月 10 日 書房発行）の結論を、国家と人間との対決がなにを意味するかを考えないところに、現代のヒューマニズムはない、われわれは自己の内部において国家を断ち切り、自己の外部において国家の恐怖を拒まなければならない。われわれは世界的人間としての道を、すなわち国家のために死ぬのではなく、国家によって殺される人間の道を尋ねてゆくよりほかにはないと結ぶ。二三ここに関連のある事項を拾えば、氏は、まず階級

国家観が国家観としてよく割りきれたものであることはいうまでもないこととされ、しかしこの立場におるとみずから信ずるひとが、その国家観で割りきれないものを残している実例として、河上肇氏の晩年の文章（1945年9月の随筆老子の小国寡民論）をあげ、その生涯を愛国者と終始一貫うたがわなかった河上氏の愛国というときの国と、階級国家というときの国家とは別の意味で、これは河上氏の青少年時代の国家主義とは矛盾するとされ、反問されて、では国家とは何であろうか。一定の領土や、そこに住む人民のみならず、その領土と人民のうえにのぞむところの主権を、または権力の組織、そういったものをふくめての全体が、普通に国家と考えられているものの内容ではないだろうか。だとすれば、河上氏の階級国家観の国家の意味は、そういった全体的なものではないとされる。更に戦後における国家論の貧困は日本人の思索活動の萎縮をかたるものだといわれ、中村哲氏の愛国論をひいて、中村氏はいうローマ人がキイヴィタスといったのは権力機構にむすびついた概念だったがゲルマン人がフェルケルンシャフトといったのは団体概念だった。中世のライヒが権力概念であり15世紀のイタリアの都市国家の市政府を意味したスタートにゆらいするシュタートが権力概念としての国家なるものの、思想史にあらわれた初めで、ヨーロッパでシュタートだの、ステートだの、フランス語のエタだのといわれるものは、すべて国土を意味するものでなくて権力に関係する概念で、英語のカントリーとよばれる祖国という感じとは遠いものだ。わが国でこれまで「くに」といっていたのは、葦原の中つ国というように、土地の意味でしかなく、ヨーロッパでいう権力機構を中心とする国家のことではなかった。明治以来、絶対主義政府が国家意識の鼓吹につとめたので、日本人は「くに」と権力的な国家概念と混同し、法学における国家概念も国民全体のことと考えがちである。わが国の公法学の主流は、これまで国家法人説のうえに立てられ、眼にみえない国家という団体に主権をみとめた。実定法秩序が国家を法上の主体とみとめている以上、そう考えるよりほかなく、しかし行政法の国家にしてもそんな団体概念ではなくわれわれ国民

とは一応区別される権力機構そのものだということより、しからばこのような国家理論よりわれわれの敗戦の体験をどう説明するのかと反問し、それはまさに敗れた国民の、日本の国籍所有者の、つまり一つの運命的連帯から発生したものではないかとされ、中村氏は結局二つの国家概念をゆるしたものと、氏のいう愛國論における広義の国家、国家ならざる国家、民族の結合体とは何かと問う。更に、敗戦にともなう日本の革命は管理革命としての特色が著しく、しかもこの革命の条件は閑却されたが、革命は価値の顛倒で、終戦につづく国家変革と、ふたたびあらわれた愛國心から、お前の第一の問題はなにかと問われれば、わたくしは、一言、国家とは何かと答えるとされて、現代における人間の問題とは国家問題であるとする。

その国家とはそもいかなるものであろうか。法学で一般に定義されているところは、国家は、統治権を固有する、多数人の組織的統一的地域団体で、それ自身に目的および意思力を有し、それが社会の法的意識により承認された、法人であるという（田中駿二、法学通論再全訂版154-5）。美濃部達吉氏はこの国家法人論を次の如く説明する。法学上ノ觀念トシテハ、國家ハ一ノ法人ナリ。法人トハ法律上ノ人格ヲ有スル団体ノ意ニシテ、或ハ之ヲ団体人ト謂フコトヲ得、多数ノ人類ノ結合ヨリ成リ而モ其全体ヲ以テ単一ナル人格者タルモノナリ。法律上ニ於テ人格トハ權利能力ト謂フニ同ジク、而シテ權利能力トハ自己ノ目的ヲ遂行スル意思力ヲ謂フ。換言スレバ、法律上ノ人格者トハ自己ノ目的ヲ有シ且ツ其目的ヲ遂行スル意思力ヲ有スルコトヲ法ニ依リ承認セラレタル者ナルコトヲ意味ス。國家ガ目的及意思ノ主体ナリト謂フハ、國家ガ国民各個人又ハ其一部ノ者ノ目的ヲ達スル為ノ手段トシテ設立セラレタルモノニ非ズシテ、過去現在未来ニ亙ル永遠恆久ノ一體トシテ、其レ自身ニ生活力ヲ有シ、自己ノ目的ノ為ニ活動スルモノナルコトヲ意味ス。人類ノ団体ガ其全体トシテ自己ノ目的ヲ有シ活動力ヲ有ストスルコトハ、固ヨリ吾人ノ心理的考察ノ結果ニシテ、五感ニ依ル外部的認識ニ依リテ知り得ベキ所ニ非ズ、外界ノ事實トシテハ唯各個人ノ活動ヲ見ルノミ、

随ッテ外部的認識ヲ以テ専ラ學問ノ基礎ト為サントスル者ハ団体ガ自ラ目的及意思ノ主体タルコトヲ否定シ、唯各個人ノ目的及活動アルノミト為スト雖モ、外部的認識ヲ以テ學問ノ唯一ノ基礎ト為サントスルハ、自然科学ト社会科学トノ根本的差異ヲ認メズ、自然科学ノ研究方法ヲ以テ直ニ社会科学ニ應用セントスルノ誤アルモノナリ。社会科学ハ社会現象ヲ研究ノ対象トシ、而シテ總テノ社会現象ハ人類ノ心理ニ基クモノナルヲ以テ、社会科学ニ於テハ外部的認識ノ外ニ必ず心理的内部的ノ考察ヲ要ス。而シテ吾人ガ団体的生活ヲ為シ、其団体が各個人ノ生命ヲ超越シテ永続的ノ存在ヲ有スルモノナルニ於テハ、団体自身ヲ以テ目的ノ主体トシテ認メ、団体ノ一員トシテ団体ノ為ニスル各人ノ活動ハ之ヲ団体自身ノ活動トシテ認ムルコトハ、社会上ニ於ケル吾人ノ内部的考察ノ必然ノ結果ナラザルベカラズと(憲法摘要、<sup>4</sup>版14-21)。国家が固有な意思をもつ団体であることを、有機体の論理によって比喩的に説明し、国家を一個の人格性をもつものとし、団体概念としての国家を法人格の論理で解明する国家法人説は、19世紀以来ドイツで主張され、ドイツ・プロシアの外見的立憲君主制を基礎づける理論となったが、国民主権説の今日では最早通用しないといわれる。ただ、その政治的性格とは別に、実定法の解釈技術上、国家を権利義務の主体として認めることは、法上の約束として必要であり、古くより国庫の理論(Fiskustheorie)として承認されてきた。私法における法人論は、個人以外に於て、之と同様に、一定の組織をもち一個独立の社会的作用を担当し、権利能力の主体たるに適する社会的価値をもつものに、法秩序が人格を承認したもので、国家も私法関係では財産の主体として国庫といわれてきた。これは Radbruch もいうように、私法の正義は Aristoteles の *justitia commutativa* で、それは公法の正義である *justitia distributiva* を前提とし、公法の正義こそ正義の根源的形式とするように、大谷美隆氏も、私は国家法人は否定するが国庫法人は是認するとし、之れは法を以て認めたもので、統治権発動の結果生じたものだからであるとされる(我妻栄、民法講義 I 民法総則 8 刷120-40, Radbruch, *Rechtsphilosophie* 4 Aufl. 125, 大谷美隆、憲法学の基本問題56)。しかし、田中誠二氏の定義にもみられるように、

国家を法人と単純に概念づけることは、一応、国家法人説の論理に迷わされる嫌いなきにしもあらずで、問題は、中村哲氏もいうように、法上の約束として実定法が国家を法的主体として取り扱っている限り、これに法的な人格を認めねばならないことは、近代法体系の仕組からいって当然のことで、問題は、このような法解釈の技術上の問題と、その国家に主権ありとする政治的問題との混同で、これは明確に区別する必要があるとされ、国家が実定法上、法的主体としての資格をもつということと、その国家が、主権の主体であるということとは本来別個のことで、実定法の解釈の必要から、国家に法人格を認めるということは、必然的に、国家主権を認めることではあり得ないと（日本国憲法の構造<sup>11</sup>）。また宮沢俊義氏も、いわゆる国家法人説は一法人理論一般と同じように一本質概念としての法人格と技術概念としてのそれとの区別をはっきり認識しない点に缺陷を有するとされるが（有斐閣全書憲法5<sup>5</sup>）、同一主体としての国家が二重人格的に取り扱われるのはどういうものであろうか。これは宮沢氏も指摘する如く、近代諸国の法では、個人主義的な権利の概念が前景にあらわれているので、権利の帰属点、すなわち、主権が問題とされ、そこで、権利（ことに財産権）の主体となる能力としての法人という概念ができてくるという。また水木惣太郎氏は、要するに法人とは自然人でない法律上の人格をいうもので、したがってすべての法人は法律によって権利能力を与えられている。国家を法人というためには、国家はさらに上級団体から人格を認められ、権利能力を与えられなければならない。しかし現実には国家は最高権力を有し、国内の諸団体に法人格を認めることがあっても、他から法人格を認められるようなことはありえない。仮りに将来世界国家が成立すれば、現在の国家は地方公共団体と同じ意味で法人となることがあるであろう。しかし国家主権が認められている現在、国家は自ら制定した法律によって人格を認められるようなことはなく、他から権利能力を与えられることもないとし、これで国家の本質が説明されるものでもなく、それは、ただ、立憲君主国における君主の地位を説明するために、私法上の法人概念を借り来って案出されたも

のに外ならないとされる(日本法学<sup>29巻</sup><sub>1号1-15</sub>)。確かに、法人は権利義務の主体として並存律的秩序における法主体としての人格性をいうもので、私法概念であろうが、全一律的団体秩序、即ち公法的領域においては、別個の内容をもつものではなかろうか。中村哲氏はこれを指摘して曰く、法的な主体と、主権とは別個のことであって、そのことから、国家に主権ありとすることは必然的な帰結ではあり得ない。イエリネックにおいては国家は独自の意思をもつ団体であるから、それは法人格を有するものであるというが、法技術的に法人格を認めねばならない国家とは、むしろ、かような団体としての国家ではない。団体としての国家概念の中には、国民は含まれるけれども、国家が実定法上、権利義務の主体として、国民個人や他の団体と法的な関係を結ぶのは国民とは区別される意味での国家であって、それは権力機構としての国家に他ならないと(日本国憲法の<sub>構造11-2</sub>)。

団体概念としての国家と、権力機構としての国家は、果して別個のものであろうか。主権をその本質的特徴として、多数人の組織的統一体としての近代国家は何処へいったのであろうか。従来、Bodinが、主権の本質を、*jubendae ac tollendae leges summa potestae* (法を改廃する<sub>最高権力なり</sub>)と定義したことが、フランス専制主義の別働隊の如く錯覚されたため、国家は唯一権力機構のみの如く誤解された。Aristotelesの言葉にきくまでもなく、社会的実在は常に、ある程度、秩序づけられて考えられなければならない、人間の活動である。多数の人間が、秩序づけられた関係に歩み入るところに、社会的共同生活が存在する。この社会的秩序のうち、法は、勿論、自然的秩序に属するものではなく、固有の社会的秩序である。社会的共同生活は、多数の人間の活動が、行為的に互に秩序づけられたところに存在する。この多数の人間の活動する社会的実在は、統一した行動への感覚的意味的活動で、団体を形成する。ここに支配と秩序の関係に関する問題が現われる。Hermann Hellerはこれを主権論において剴切に解説する。すべての法学上の問題は下方に向っては社会学に、上方に志向しては倫理的・政治的領域にその根源をもつ。法学的問題解決には、この因果的観察方法と規範的

観察方法によること勿論であるが、また 両者の 総合的方法 を要求する。Heller は、Spinoza の oboedientia facit imperantem (従順は命令を作る) を、明晰にして偉大なる社会学的見解として、支配するということは服従を見出すことで、それは常に二つの意思の間における関係であり、一方の意思による他方の意思の動機づけをいい、かくして、意思の支配ということは、常に陪臣化をもたらすものであるとする。ここに組織化への上下関係が開かれ、法学的には Organisation の公法の原理が醸成される。されば、支配の必然的現象形式こそ社会的秩序である。したがって、すべての支配は秩序としては下方から提出される。法律家は法秩序においてこの関係を逆にする。Austin 及びイギリスの分析学派の jus est quod jussum est (法とは命令をいうものなり) とはこれである。この社会的秩序の概念は二義的である。一方では、人間の一定の行為を意味し、他方では、一つの規範秩序を意味する。然し、意識的におかれたすべての社会的秩序が支配秩序 (Herrschaftsordnung) ではなく、これは契約秩序 (Vertragsordnung) によっても設定されるが、契約秩序は clausula rebus sic stantibus (事情変更の原則) により継続的安定を欠く。規範秩序の最高形式である、法による三角形の関係を構成するものこそ、Souverän (主権) を頂点とするピラミッド型の支配秩序である。これが権力機構としての近代主権国家の姿であろう。したがって、支配するということは、決定的に命令することで、それは強制的に決定することをいうのである。決定 (Entscheidung) は、今日、人間が考えられる限り、専ら人間的人格的判断力の作用である。この事実こそ、Heller がその主権論で強調する、超人格的 ordre naturel の決定作用の永遠の無能力性を意味するものであろう。支配秩序は、民主主義においても、“Herr” (“主人”) を、即ち、一つの活動的決定統一体を必要とする。この主人は、最高の法原則を実証化するもので、それ故に、すべての事態において、意思的に価値ある決定をなすことのできるものでなければならない。されば、主権の主体は、一面、現実的意思主体であり、他面、不羈独立の法定立権威でなければならない。Heller は、ここで、しかしなが



ら、これらの特性をもって準備された一つの主体は、現代の我々の国家学には知られていないと、慨嘆するが、これこそ、かつての我が天皇制ではなかろうか。ドイツにおける Hegel 以来の通説は、主権の主体として国家を、然して、その主権を、国家権力或いは国家意思の、また国家人格の特性として主張してきた。しかし、唯物論的現実性の概念や仮定的観念論の相関概念では、国家は擬制せられた統一に過ぎず、また、描象説では機関が国家となった。かくしては、Kelsen の国家は規範体系 (Normsystem) なりとする徹底的非主体化へ進まざるをえない。Heller は、Dezisionismus の Carl Schmitt の説に、主権の問題を、意思の個性による決定問題として現代国家の主権主体として、意思統一体 (Willenseinheit) をみたことを称賛するが、Kelsen の合理主義的法治国自由主義では、失敗したとする。また、純粹に観念的な法主権説は、個人的決定の本質的意義に無知であり、機関主権説では、主権的意思個性のための、Gesetz の決定的な役割を看過しているとする。かくて、Heller は、今日の民主政治においては、法律的依存性の高度な発達から、多数としての国民の上に、統一体としての国民の支配を論ずることが、法律的に強制されているとして、国家主権 (Staatssouveränität) と国民主権 (Volkssouveränität) とは同一なりとする。蓋し、当然のことであろう。Heller はこれについて次の如くいう。ドイツ国家学が適切な主権主体を確定することができず、更にまたその国家概念の血も涙もない非情さは、一部はその歴史的政治の状態にあった。時代のすべての思考基礎が、国家の民主的国民的正統化 (Legitimation) 及び内在的説明にあっても、君主主義的立憲主義により、君主主義の原則の国家学たるべきことに、即ち、“すべての国家権力は、君主の中に統一されているものである” ということに、強制されておった。この考え方では、国家主権に対するドイツの概念は、本来の問題、即ち国民主権か君主主権かの問題には、一つの *tergiversatio* (拒絶) の廻りくどい言い方になってしまった。国家主権論では、これは我が美濃部氏等の国家法人説になるのであるが、以下に紹介する尾高朝雄氏の「ノモス主権論」に対

する宮沢俊義氏の論争点にもからむもので、私は Heller が既に指摘する通り、主権主体に関する論争ではあるが、要するにその主体性にまつわる点で、民主主義下で、多数の主権者である国民の Organisation への organize の法学的構成に関する不明確さにあったものと考ええる。つまりは、支配秩序における Organisation を担当する主権の概念の混乱、更には法主体としての国家の概念構成の未熟さに原因するものではないかと思う。確かに Staatssouveränität なら、Staat が Souveränitätssubjekt でなければならぬのは、一応道理であろうが、さてその Staat とは一体いかなる Laviathen であろうか、Heller の解説を続ければ、国家主権論なるものが、単に本来の問題以前の一つの tergiversatio に過ぎないものではないというならば、——今日ではまさに そうなのであるが——，“主権的国家権力”の理論が一つの理解しうる意味をもつものであるというならば、この理論は、この主権的国家権力の主体 (Subjekt) を指定することができなければならない。Georg Jellinek はこれを非難して、「主権的国家権力に関する問題は、常に、この権力の Träger に関する問題と結びついているものである」と (Saatslehre<sub>457</sub>)。ここで Kelsen への道が明らかになる。即ち、我々は主権的国家権力をもつが、その主権的国家権力のもとでは、何人がこの権力の主体であるかということを問題にしてはならないのである。一層徹底していえば、そんな、最高の権力を賦与された国家なる抽象的概念を全然消滅させてしまうことである。然し、この国家主権の学説の真意は、歴史的にも体系的にも、専制的君主主権 (autokratische Fürstensouveränität) に対する一つのアンチテーゼの意味に外ならないのである。国家が主権者として主張される場合には、それと同時に、この国家は団体 (Körperschaft) であって、決して最高の決定の一つの個別的主体たりえないということがいわれなければならない。しかし、ここでは、国家は、いかなるより高い政治的決定統一体にも隷属しないところの意思の多数から成る一つの意思統一体 (Willenseinheit) として観念されるのである。されば、国家主権が論ぜられている場合には、常に、何んらかの方法で、国民主権の思想が

ともに考えられているのである。その際、注意されなければならないことは、国家主権及び国民主権の思想は、一つの単なる社会学的或いは社会倫理学的内容をもつが、決して法学的内容をもつことはできないということである。国家団体の権力は常に国民 (Volk) の中にあるということは、既に、Arumaeus や Limnaeus の *majestas realis* (国家団体の尊厳) の自然法の社会学や Hobbes の学説が正確に知っていた。Früst は “le premier serviteur et la premier magistrat de l' Etat (国家の第一の召使であり、または第一の裁判官)” であるとは、Friedrich 大王によれば道徳的に考えられていたので、決して法律的なものではなかった。然しながら、国家は、上記の人々にとっては、被代表者達の一つになった力を代表者達の処分にかかせるところの被代表者達の意味行為の中に、現実には、基礎づけられたものであった。これらの関係については、国民主権と君主主権の間に、また民主政治と専制政治の間に何等の区別もない。然し、専制政治の国家では、一人或いは数人の支配者への、被支配者による社会学的なまた社会倫理学的な拘束が成立しているのに、国民主権の国家におけるこの拘束は、一つの法学的概念になり、またかくして初めて、国家主権並びに国民主権は、一つの不可欠な概念にまでなる。さて、ここで、国民は、いかなる方法で、あつらえむきの主権主体として観念することができるか。自由主義にとっては、この観念には、勿論、何か論理的に不可能なものが期待される。何となれば、自由主義では、国民は個々の人の概念的に総括された総計にしか過ぎない。Hobbes はこのことをよく知りこれを無類の法学的正確さで表現している (*De Cive*, VI, 1)。されば、多数決原理及び代表制度による意思の統一化は、多数としての国民の上に、統一体としての国民が支配することができ、また国民が主権の主体になることができるころの、技術的手段なのである。然しながら、この両制度の前提こそ、少数も結局は、多数によって任命された代表者に従う *volonté générale* の現実の存在である。貴族的或いは君主制の専制政治と民主政治の法学的に精密な区別は、代表者の地位にその根拠がある。専制政治では、被治者に対し法学的に拘束されない主権的代表制度が存在する

のに、国民主権国家では、ただ例外なく法学的に拘束された市参事会的代表制度（magistratische Repräsentation）を知るに過ぎない。国民意思（Volkswillen）のすべての歪みや曖昧化にも拘らず、民主主義的観念は、法学的に依存する市参事会を通じて、*volonté générale* の代表制度に、同様にまた、それがいかに広範囲な法学的結論をもとうと、一つの政治的権力状態に應ずるものである。我々憲法学者にして、“国家権力（Staatsgewalt）は国民（Volk）から発するものである”という命題について、何をいうべきか知らないということは、注目に値することだが、結局は、ワイマール憲法の最初の主要部分、特に、大統領、議会、政府の地位等は、ただこの命題から出たもので、それは市参事会的代表制度として理解でき、更に、選挙、副署、議会政治、国民投票、法律発議権等の如き依存性の全体系は、ただ国家権力は国民から発したものであるということを、法学的に保障するところの法学的意味をもつに過ぎないことをいうのではなからうか。勿論、民主主義的代表者も、代表概念から一般的に分離できない独立の決定権力をもって。然しながら、主権的代表者とは反対に、民主主義的代表者は、その決定権力を、憲法の範囲内だけでなく、かえって *volonté générale* の如く、またそれと異ならないように理解された憲法の範囲内で行使しなければならない。しかしこれに対し、この *volonté générale* のその時々の内容の客観的認識というものは存在しないという、反論は確かに正当である。それ故に、また正さしく、我々は、人間の支配のもとに生活しておるのではなく、かえって、法規の支配のもとに愚かにも生活しておるものであるという、観念がある。しかし、すべての個人は、政治的社会的に種々異なって条件づけられているので、憲法の文言も、非常に異なって理解することができる。この主観主義の訂正こそ *volonté générale* でなければならないであろう。法律家は、この *volonté générale* をば、憲法を論ずる場合に、規範的意味における国民意思或いは立法者の意思と考える。然しながら、すべての近代の憲法自体が、市参事会的な代表者を、法学的に *volonté générale* に結びつけるものであるとい

うことは、正確には次の成句に由来する。即ち“代議士達は全国民の代理人である”と。この場合、通説は、代議士を国家機関として構成する場合に、その機関の背後には、“何物も”立っていないということが全く明白であることについては、何も述べていない。このことは、通説にとっては、多くの他の憲法の文言と同じく、法学的内容のない政治的熟語以外の何物でもない。しかし、市参事会的な国民の代表者としての代議士は、理論的にもまた実際上も、意味豊かな法律制度なのである。ひとりこのことによってだけ、代議士達がただ彼等の良心に従うものであるという言葉が、私的な道徳を越えて、政治的法律的意義を獲得するのである。というのは、私の良心を、何かある倫理学に、それが山上の垂訓であれ、また別のものであれ、服せしめることの法律的義務づけは不可能である。かの言葉の良心が、何か法律的なことを述べているとすれば、それは一つの倫理的政治的具象名詞を指示しなければならない。即ち、それは、ただひとつ、国民意思が問題とならなければならない一つの客観的基準が指示されなければならない。されば、すべての市参事会的代表制度の実施は、代議士の代表制度ばかりでなく、継続的のものであれ、また独立の決定におけるものであれ、すべての国民に依存して考えられなければならないのである。Hellerはここで結論として、我々は、君主主義の国家でも、民主主義の国家でも、ただ次のことによってのみ、主権の一つの適格な主体に、そしてまた、正当な国家概念に達するのである。それは、我々が、我々のために、*volonté générale* を代表して、一人或いは多数の代表者達を支持しながら観念することができるように、その代表的決定機関の *volonté générale* をば、現実には欲せられ統一づけられたものとして、また現在存在するものとすることによってである (Heller, *Die Souveränität* 70-6)。この考えることの意味づけはいかにしてなされるか。かくしてまた法人格の構成いかに。法律家は国家を人格者と呼ぶが、これは、勿論、法学的構成の一つの観念である。しかし、これを *persona ficta* としたり、純粹に観念上の規範主体として観念すれば、この国家人は法秩序の中に解消してしまう。自然法論理的認識の継

統的引用や因果関係の規則性への洞察なしにはいかなる規範論理的帰属 (Zurechnung) も存在しない。法人格の構成も fiat homo secundum artem (人は規則により作られるべし) に法学上の自然発生論ではなく、団体人 (Verbandsperson) も個人も、現実に措定された諸行為の統一的 Träger と結び付いていなければならない。法律家と雖も人間の人格性の全生活は撮影できず、ただ、現実の意思統一体の中から、法学的観点より、継続的行為の Träger が構成される諸行為の選択がなされるに過ぎない。Hereditas jacens や Stiftung もそれらが現実の Träger を確定できる限りにおいて人格化されるのである。しかし、社団や個人の如き現実の社会的行為統一体は、その Person は単なる Relation ではなく、能動的に関係づけるもので、法学的に結合されたものではなく、積極的に結合するもので、それは Substanz を形成するものである。この Person は権利義務の Träger であるばかりでなく、実にその創造者でもある。されば、Husserl がこれを譬えて、国家は、宛もその成立のときに、その領域のすべての人格性の法主体をば、それらの個別的権利範囲と共に破壊し、それらが国家目的に従う限りにおいて、再び人工的に蘇生せしめるものであるとしたのは正当な見解である。国家なるこの巨大なレヴァイアサンの主権こそ、サンジカリズムでもどうにもならなかった。法は、憲法及び法律の段階構成において、その上に位する意思統一体の最高の人による最終決定において弁証法的に実現せられるのである。諸々の意思や実定法規の全ヒエラルヒーの上に位するこの計算不能な意思こそ、その実証性と法の保証のために絶対に除去しえない存在であると (Heller, a. a. O. 97-100)。

日本国憲法における主権在民の国民主権と天皇象徵化の天皇制について、尾高朝雄氏の「ノモス主権論」に対しての宮沢俊義氏との論争がある。私は、国民主権（天皇の象徵化）についての説明で、主権とは、支配秩序としての国家の統一性を示すものとして、法と権力を領土普遍的決定にまで組織する意思行為の、概念上の象徴とみる。従来、支配形式の点より統治権とよばれたと定義した (法学原理第 三分冊 6) 。しかし、この概念は非常に多義的で、

主権論の論争も、この混乱によるといわれ、安沢喜一郎氏も、今日まで、主権の観念ほど混乱しているものはない。この主権ということの理解が、学者によって区々になされている根本の理由は、主権を目的論的にとらえようとするのか、しからずして主権の実体を把握しようとするのか、これによって、主権がまったく違ったものとして認識されてくるといわれる<sup>(法学113)</sup>。これは、西欧語の Sovereignty, Souveränität, Souveraineté を主権と訳したためか、権利の概念とまぎらわしく、ここに誤解の主な原因があるのではないかと思うが、潮田江次氏もいわれる通りで、これはもともと治者の権力が最高絶対である特性を言い表わす言葉だったので、いずれも ty, tät, té という風に物の性を表わす語尾を持っており、専ら「主権性」「主権であること」「最高絶対であること」の意味にだけ使うことにすれば、一番まちがいを起さないですむと。しかし日本語の場合などは語形からいって、この用法には相当無理があり、第二の用い方として、かような特性を持った国家の権力のことを呼ぶ用法が広く行われ、これは厳密に 権力 そのものを指す場合には新憲法の 英文にあるように sovereign power が適当とするが、また、第三の意味として、国家の意思活動を、例へば最も基本的な意思決定をすとかに用いられ、そこで或は議会の立法権を、或は憲法制定権を、或は統治権の全体を指して呼ぶのは、皆、「主権」をこの国家活動の内容に関連して統治権と同義に用ゐた結果で、この用の方は誤ってをるとされる<sup>(主権と民主政 清175-7)</sup>。正に、然りと考えるが、これに関連して、宮沢・尾高両氏の論争点を紹介する。先ず、宮沢俊義氏は、主権という言葉は、いろいろなちがった意味に使われるので、ここで概念をはっきりさせておくことが適当だとされ、国民主権を問題とする場合の主権とは、国家の政治のあり方を最終的にきめる力、これを国家における最高の意志といってもよく、最高の権力、最後の決定権といってもいい。国家法人説でいえば、国家意志を構成する最高の原動力たる機関意志である。これは、ひとつの建前であり、理念である。ここで問題とする主権は、かように、政治のあり方を最終的に決定する意志で、それは、単に抽象的

な内容をもった意志ではなく、具体的な内容をもった意志でなくてはならない。意志は、主体をもたなくてはならない。しかも、具件的な内容をもった意志の主体は、つねに、具体的な人間でなくてはならない。したがって、ここにいう主権の主体は、具体的な人間でなくてはならない。ここで問題とする主権の主体は、かように人間でなくてはならないのに、ときに、人間以外のものが、その主体だと主張され、その代表的なものが、国家主権の主張で、主権は、君主にあるのでもなく、さりとて、国民にあるのでもなく、国家にあるという主張である。ここで尾高氏の言葉を引用して、もっとも、明治憲法の解釈に関しては、天皇主権説はかならずしも学問上の定説として異論なく通用していた訳ではなく、むしろ、ドイツ公法学の影響を受けた日本の有力学者たちは、ドイツに発達した国家法人説を受け入れ、統治権は法人たる国家そのものに帰属すると考え、天皇は主権または統治権の主体ではなく、統治権の主体たる国家の統治作用をつかさどる機関たる地位にあると説明した。この理論を今日も支持することができるのであれば、新憲法下でも、厳密な意味での主権の所在は国家そのものであると見る可能性が残されるであろう、と。これに対し宮沢氏は、こういう考え方は、常識的にもひろく行なわれているようだが、この見解はまちがっているとおもうとされ、宮沢氏は、天皇主権説は、国家の政治のあり方を最終的に決定する力が天皇の意志にあるとする説で、国家主権説は、国家を法人と考え、統治権の主体は国家法人であり、天皇や帝国議会は、その法人の機関だとする説で、国家が法人であり、国家が統治権の主体であるならば、その統治権の具体的な内容を最終的にきめる力をもつものは誰か。これが、ここにいう主権の問題である。だから、天皇主権と国家主権とは、たがいに次元を異にする問題で、それらは、決して対立するものではなく、十分に両立しうるものであるとされる。更に、宮沢氏は、尾高教授は、さきの私の議論に「明らかに同一用語の二義使用がある」といって攻撃されるが、この言葉はすこぶる私を当惑させるとして、そこに「明らかに同一用語の二義使用がある」からこそ、国家主権ということと、国民



主権（または君主主権）ということが、両立し得るとされるからで、国家主権というときの主権と、国民主権というときの主権とは、同じ言葉でありながら、意味がちがうことを、私は、たびたび、強調しておいたはずである。これは不当な用語法であるが、ただ、従来の一般にひろくそうした二義使用が行われており、その結果、国家主権と国民主権とが「たがいに次元を異にする問題」であることが気づかれず、前者か、後者かというような問題提出がなされ、両者は次元のちがう問題で、一方の承認はかならずしも論理必然的に他方の否認を意味するものでないことを説明する必要があるのであると（宮沢俊義、憲法の原理285—323）。また、尾高朝雄氏は、私が「ノモスの主権」というようなことをいい出したのは、天皇制と国民主権との間に何らかの「血のつながり」を見出そうとする政治的な意図にもよるのであるが、それをはなれて見ても、それが、法哲学の立場からする主権概念の批判として、十分に成り立つ議論であると考えたからであるとされ、普通には、主権とは、国家における最高の政治的権力の意味に解せられ、それを、宮沢教授にならって、「国家の政治のあり方を最終的にきめる力」というならば、その意味はいっそうはっきりする。それは、政治のあり方をきめる力であり、それ自身一つの政治的な力である。国家にはそのような力の根源があって、それが法を作る。なかんづく、それは憲法を作る力である。故に、シェイエスやカール・シュミットは、普通には主権と呼ばれるこの力を、「憲法制定権力」と名づけた。この力は、最高のものであり、最終のものであり、絶対のものである。したがってこの力の担い手がA型の政治を好めば、A型の憲法ができる。同じその主権者がB型の政治に走れば、B型の憲法ができる。ドイツのワイマール憲法は、「国の権力は国民より出づ」（ $\frac{1}{2}$ 条）と規定した。そのドイツ国民は、「政治のあり方を最終的にきめる力」を発揮して、十数年にしてワイマール憲法を破壊した。かくて、憲法は、政治の力の動くままに動く。宮沢教授の名言をかりれば、法は、「政治の子」である。逆にいえば、政治は法の親である。しかも、甘い母親ではなくて、きわめて専制的な父親である。子は、この親のいうがまま

に動かざるを得ない。かように、法をその思うがままに動かす最終的な力、それが主権である。普通に説かれる主権をば、普通に説かれるがままの意味に解するならば、こういう成りゆきを認めることにならざるを得ないと思う。しかし、私は、このような主権の概念に対し根本的に疑いをもつ。君主が主権をもとうと、国民が主権をもとうと、その主権意志の動きの如何によっては、今日の憲法を十年後には無惨に引き破って、紙屑籠の中に棄ててしまうこともできるような、そのような主権があるということを疑うと（法の尊厳にあるものに、<sup>ついでに再論50-2</sup>）。両氏の主張こそ、まさしく主権概念の実体の混乱であろうが、宮沢氏の法律学的なるに対して、尾高氏の法哲学的な傾向は、君主主権、国民主権、国家主権を離れて、それぞれ傾聴に値する卓見卓説であるが、そこには、やはり、文化科学の概念規定から始って、方法論的な至難さを如実に思わせるものがある。かつて Wundt が、数学はその問題の性質上科学の中で最も単純なものであり、法学（Jurisprudenz）はその概念を人間の交渉や恣意的行動の紛糾した関係から引き出すもので、最も複雑なものであるとしたのは、蓋し、至言である（Wilhelm Wundt, Logik, Bd2, 2A Aufl. 582）。私は、天皇機関説にみられる君主主権の概念規定は、西欧の Monarchie の Fürstensouveränität の翻訳で、天皇の統治を概念づけようとされる尾高氏の努力は、単なる天皇制のアポロギヤではあるまい。戦前のことといえばそれまでであるが、既に、牧健二氏は、日本国体の理論で、欧州の近代で発達した主権の概念を其の儘天皇に持ち来るときは、著るしい誤謬を犯すことになるのであると警められている（昭和18年増訂版445）。また、鵜沢総明氏も、欧羅巴の政治理論を通じて多くの政治学の背景を為すものは、アリストテレスの「ポリタイヤ」の体系であり、後の「デモクラシ」の体系である。アリストテレスのポリテコーンには王者政治を掲げて居る。けれどその本質が説明されて無い。日本は王者政治の国家として、世界独特の天皇政治を具現する。我が日本国には自ら国体から生まれる政体がある。わが民族の胸には敷島の大和の奥ゆかしい心が蔵められてあり、その懐く。平和の信念は青雲の靄く極み明朗であり、底つ岩根の堅い極み不動である

と（政治哲学昭和12年版）<sup>（緒言, 13, 217-8）</sup>。私は、これを次の如く解説した。天皇は実に日本国の象徴で、日本国民統合の象徴となった。これはわれわれの歴史伝統を美しく表現したものであろうが、象徴という言葉は中江兆民の美学に関する翻訳に初めて使われたもので、法律的概念としては適当でなく、一種の情緒的感覚において、わが国の精神史的背景のもとに理解すべきである。しかして、スイス民法の起草者オイゲン・フーバーも法の要素にエートスをあげ、かつてシュタールも理性によるすべての抽象の後になお残るものこそエートス（Ethos）とすると<sup>（法学原 6 遡）</sup>。